

## Pensioenachterstanden vóór de overname: de koper betaalt?

Mark Heemskerk, actueel tot 11-01-2016

Actueel tot	11-01-2016
Auteur	Mark Heemskerk <sup>[1]</sup>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



In een recent arrest heeft Hof Arnhem-Leeuwarden de koper van een bedrijf ertoe verplicht om de achterstallige pensioenpremies van vóór de overname te betalen aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dat is goed nieuws voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds met premieachterstanden en slecht nieuws voor kopers die bij een overname achterstallige pensioenpremies 'erven'. Op zichzelf is het feit dat de achterstallige pensioenpremies van de verkoper van vóór de transactiedatum – hier een kleine € 2 miljoen – op de koper overgaan, niet schokkend. Intrigerend is wel dat het bedrijfstakpensioenfonds volgens het hof jegens de koper een zelfstandig vorderingsrecht op die achterstallige pensioenpremies heeft. In deze bijdrage analyseer ik de gevolgen van dat arrest voor premieachterstanden bij de overname.

In dit zogenoemde GOM-arrest nam schoonmaakbedrijf GOM branchegenoot VGB over.<sup>[2]</sup> Duidelijk was dat de overname een overgang van onderneming was. Wettelijk is dit gedefinieerd als een overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.<sup>[3]</sup> Dat betekent dat de voor overgang van onderneming geschreven wettelijke bepalingen, zoals Richtlijn 2001/23 en de Wet Overgang van onderneming (artt. 7:662-666 BW) van toepassing zijn. De uitleg van die bepalingen is van groot belang voor de beoordeling van de premieachterstandverplichtingen. Beslissend is of de premieachterstand van de verkoper volgens die bepalingen overgaat naar de koper en of het verplicht bedrijfstakpensioenfonds aan die voor werknemers geschreven bepalingen rechten kan ontleen: is dat nog werknemersbescherming of is dat pensioenfondsbescherming?

## Dezelfde pensioenregeling blijft van toepassing

Kern van de wetgeving inzake overgang van ondernemingen is het behoud van rechten van werknemers bij de overgang.<sup>[4]</sup> De arbeidsvoorwaarde pensioen is in de richtlijn expliciet uitgezonderd van de beschermende reikwijdte.<sup>[5]</sup> De Nederlandse wetgever heeft een aparte wettelijke regeling getroffen voor pensioen bij overgang van onderneming (art. 7:663/4 BW). Die regeling, c.q. afwijking ten opzichte van de andere arbeidsvoorwaarden leidt vaak tot de vraag welke pensioenovereenkomst

voor werknemers geldt na de overgang van onderneming: de oude, de nieuwe of zelfs een andere pensioenovereenkomst. Op de vier uitzonderingen op de hoofdregel dat de oude pensioenovereenkomst behouden blijft, ga ik in deze bijdrage niet in.<sup>[6]</sup>

In de overname van VBG door GOM was het antwoord namelijk eenvoudig. De werknemers van VBG bleven schoonmaakwerkzaamheden verrichten. Daarmee vielen ze voor en na de overname onder de verplichte pensioenregeling die werd uitgevoerd door het bedrijfstakpensioenfonds voor de schoonmaak.<sup>[7]</sup> Zowel de inhoud van het pensioenreglement als het uitvoeringsreglement van Bpf Schoonmaak is dan van toepassing. Dat volgt uit art. 4 Wet Bpf 2000 (Wet Bpf): 'De deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.'

## De premieachterstand bij de overname

Dit keer dus geen discussie over de toepasselijke pensioenregeling na de overname. Maar VBG had bij de overname een grote 'pensioenachterstand': verschuldigde achterstallige pensioenpremies aan het Bpf Schoonmaak. Soms is zo'n achterstand een lijk dat pas na de overname uit de kast komt rollen. Als het goed is, wordt een premieachterstand in een deugdelijk boekenonderzoek duidelijk door daarover vragen te stellen in de Q and A, als het al niet wordt medegedeeld – of moet worden meegedeeld op grond van de spreekplicht – door de verkoper. Hoe dan ook, hier wist GOM van de premieachterstand. De exacte hoogte daarvan werd drie jaar na de overname door het Bpf Schoonmaak gesteld op meer dan € 1,9 miljoen, zo valt op te maken uit het vonnis van de kantonrechter.

Met die wetenschap is de two million euro question waarom Bpf Schoonmaak die premieachterstand niet eerder heeft weggepoetst. Het had VBG na aanmaning en incassomaatregelen een dwangbevel ex art. 21 Wet Bpf kunnen opleggen. Die maatregel is expliciet bedoeld voor bedrijfstakpensioenfonds om niet-betalende werkgevers na een aanmaning te dwingen achterstallige premies te betalen. Het dwangbevel levert een executoriale titel op, waardoor invordering mogelijk is zonder tussenkomst van de rechter. Kennelijk is dat niet gebeurd. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheden die de wet biedt om bestuurders hoofdelijk aansprakelijk te stellen bij premieachterstanden die niet tijdig zijn gemeld (art. 23 Wet Bpf). In de koopovereenkomst waren dan ook wijselijk voorzorgsmaatregelen getroffen. De pensioenachterstand van VBG werd door GOM in mindering gebracht op de koopprijs. Daarnaast was er een vrijwaring van VBG aan GOM voor alle claims van pensioenuitvoerders voor 19 mei 2008 (de transactiedatum). Tot dan toe lijkt er nog steeds geen vuiltje aan de lucht voor GOM en het Bpf. Maar dan gaat VBG failliet. Daarmee was de vrijwaring door de verkoper zinloos geworden. VBG bood niet langer verhaal, voor GOM noch Bpf Schoonmaak. GOM ging bij de overname uit van een premieachterstand van zo'n € 600.000. Na het faillissement wendde Bpf Schoonmaak zich tot GOM met een premieachterstand van meer dan € 1,9 miljoen. Uit het arrest wordt mij niet duidelijk of de € 600.000 de premieachterstand was die GOM op de koopprijs in mindering had gebracht.

## De stap naar de rechter

Het voorgaande maakt duidelijk waarom zowel GOM als Bpf Schoonmaak een stevige financiële prikkel had om de zaak aan de rechter voor te leggen. Nadat GOM de kantonrechter had verzocht om een verklaring voor recht dat ze niet gehouden was om de achterstallige pensioenpremies te betalen,

vorderde Bpf schoonmaak in reconventie de bijna € 2 miljoen plus wettelijke rente en 15% buitengerechtigde kosten, conform het uitvoeringsreglement.

De kantonrechter heeft, zeer kort samengevat, geoordeeld dat de verplichting tot betaling van onbetaalde pensioenpremies van vóór de overname is vergegaan op de koper (GOM). Het doel van de Wet Overgang van onderneming rechtvaardigt een redelijke wetsuitleg waaraan Bpf Schoonmaak een vorderingsrecht mag ontleen om die achterstallige pensioenpremies te innen, aldus de kantonrechter. Tussentijds hoger beroep is opengesteld, waarna GOM in hoger beroep gaat. Hof Arnhem-Leeuwarden gaat vervolgens in op de volgende rechtsvragen:

- 1 Valt verplichtgesteld pensioen onder de Wet Overgang van onderneming?
- 2 Zijn de achterstallige pensioenpremies mee overgaan?
- 3 Heeft Bpf Schoonmaak op grond van wetgeving een zelfstandig vorderingsrecht jegens GOM?
- 4 Zo nee, is GOM ongerechtvaardigd verrijkt door de onbetaald gelaten pensioenpremies?

Het hof concludeert uiteindelijk dat GOM de achterstallige pensioenpremies moet betalen aan Bpf Schoonmaak. Hierna bespreek ik hoe het hof tot dat oordeel komt en of daar wat tegenin te brengen valt.

## Verplichtgesteld pensioen valt onder de wet overgang van onderneming

GOM voerde vergeefs aan dat de Wet Overgang van onderneming niet geldt voor pensioen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De wet beschermt de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Maar de verplichtstelling is geen arbeidsovereenkomst, meende GOM. Het hof oordeelt evenwel terecht dat de pensioenregeling bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen valt onder de bescherming bij overgang van onderneming. Beslissend is niet of het in de arbeidsovereenkomst staat, maar of het daaruit voortvloeit, zo staat in de wet. De verplichtstelling van werknemers is gebaseerd op het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Niet voor niets heeft de wetgever de verplichte deelname gelijkgesteld aan een pensioenovereenkomst (art. 2, lid 2, onder a PW). Ook de uitvoerig door het hof geciteerde parlementaire geschiedenis onderstreept dat het de bedoeling is dat verplichtgestelde pensioenregelingen onder de reikwijdte van de bescherming vallen.<sup>[8]</sup>

## Gaan achterstallige pensioenpremies mee over naar de koper?

Achterstallige pensioenpremies gaan mee over van de verkoper naar de koper. Het hof sluit primair aan bij de tekst van art. 7:663 BW: 'Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.' Simpel gezegd staat hier dat de verkoper na de overname een jaar lang *naast* de koper gehouden is de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst na te komen. Daaruit volgt dat ook GOM gehouden is de verplichtingen na te komen. Dat er op grond van de wet verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan, zegt nog niet alles over de inhoud van de verplichtingen. Een gedachte is dat de premiebetalingsverplichting van de werkgever niet mee

overgaat als ze niet in de pensioenovereenkomst staat of alleen geldt op grond van de verplichtstelling en geen arbeidsvoorwaardelijk karakter heeft.<sup>[9]</sup> Art. 25 PW schrijft slechts voor dat de premiebetalingsverplichting in de uitvoeringsovereenkomst staat. De verplichting om de pensioenpremie te betalen hoeft niet in de arbeidsovereenkomst of pensioenovereenkomst te staan. Hierna licht ik toe waarom die uitleg niet aannemelijk is.

## Waarom gaan achterstallige pensioenpremies over?

Ten eerste kan de premiebetalingsverplichting in de arbeidsovereenkomst zelf staan. Een voorbeeld is een beding waarin staat dat de werkgever de pensioenpremie betaalt en inhoudt op het loon.<sup>[10]</sup> De verplichting voor de werkgever kan ook staan in de pensioenovereenkomst, c.q. het pensioenreglement. In de online versie van het huidige pensioenreglement 2015 van Bpf Schoonmaak – de weerslag van de (fictieve) pensioenovereenkomst – staat bijvoorbeeld de verplichting van de werkgever om aan het pensioenfonds de pensioenpremie te betalen. In dat geval is het inlezen van de premiebetalingsverplichting begrijpelijk.<sup>[11]</sup>

Ten tweede kan de premiebetalingsverplichting voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Die formulering gebruikt de wetgever immers. Dat is een indicatie dat de verplichting niet in de arbeidsovereenkomst of pensioenovereenkomst zelf hoeft te staan. En ten derde staat in de wetsgeschiedenis dat de regering het wenselijk acht dat de verkoper kan worden aangesproken voor eventuele financieringsachterstanden.<sup>[12]</sup> A contrario kan op grond hiervan worden bepleit dat dit ook geldt voor de koper die naast de verkoper aansprakelijk is. Elders in de wetsgeschiedenis staat dat backserviceverplichtingen die nog niet zijn afgefinancierd door de verkoper, van rechtswege overgaan op de koper. Daar moet de koper bij de onderhandelingen over de overname rekening mee houden.<sup>[13]</sup>

Kortom, achterstallige pensioenpremies gaan over op de koper. De koper die dat bij een overname niet in kaart brengt, loopt grote risico's. Uit het GOM-arrest blijkt dat zelfs een koper die dat wel in kaart heeft gebracht en in de koopovereenkomst heeft verwerkt, risico's loopt.

## Heeft een BPF een zelfstandig vorderingsrecht

Volgens het arrest heeft het bedrijfstakpensioenfonds een zelfstandig vorderingsrecht jegens de koper ten aanzien van de achterstallige pensioenpremies op grond van art. 7:664, lid 2 jo. art. 7:663 BW (r.o. 5.23). Met het hof meen ik dat GOM als koper een verplichting heeft. Minder duidelijk is jegens wie GOM die verplichting heeft: de werknemer of ook het pensioenfonds? Het hof sluit daarvoor aan bij de Wet Overgang van onderneming.

### Werknemersbescherming?

Werknemers kunnen de premiebetaling van de koper afdwingen met een beroep op art. 7:664 jo art. 7:663 BW. Die bepalingen zijn geschreven om werknemers te beschermen bij de overgang. Een (expliciete) wettelijke grondslag dat het bedrijfstakpensioenfonds of andere derden bevoegdheden geeft om te treden in de rechten van de werknemers of premies te innen, zie ik niet staan in art. 7:664 BW.<sup>[14]</sup> Omdat bij de arbeidsvoorwaarde pensioen minimaal drie partijen zijn betrokken, is het geen overbodige luxe om de positie van de pensioenuitvoerder te verduidelijken.<sup>[15]</sup> Zolang de wetgever de pensioendriehoek niet verduidelijkt – of het nu gaat om (eenzijdige) wijziging van de pensioenovereenkomst of overgang van onderneming – mogen rechters de knoop doorhakken. Hoe dan

ook, de bevoegdheid voor de pensioenuitvoerder om zelfstandig premies te vorderen, staat niet in de Wet Overgang van onderneming. Daar staat tegenover dat die bevoegdheid evenmin is uitgesloten. Dit fundamentele punt lijkt voer voor cassatievragen, gelet op het grote financiële belang in deze zaak en de potentiële oprekking van de overgangsbescherming tot anderen dan werknemers, ook op andere terreinen dan pensioen. Kunnen andere derden, zoals andere pensioenuitvoerders of het UWV, ook zonder expliciete wettelijke grondslag een beroep doen op de overgang van onderneming om werkgevers aan te spreken?

## **Pensioenfondsbescherming?**

Een zelfstandig vorderingsrecht van het bedrijfstakpensioenfonds op grond van de regels voor overgang van onderneming kan worden uitgelegd als werknemersbescherming, maar ook als pensioenfondsbescherming. Blijkbaar vond het hof dat de werknemersbescherming in dit geval ook mag worden

gerealiseerd via het bedrijfstakpensioenfonds, en wel door deze de premies te laten innen. Dat is niet zonder meer noodzakelijk voor het doel van de wetgeving. De deelnemers zelf kunnen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op grond van jurisprudentie hun pensioenaanspraken claimen conform het reglement, ook zonder premiebetaling.<sup>[16]</sup> Toch hebben werknemers belang bij de betaling door GOM van de achterstallige pensioenpremies. Zonder die premies is er minder pensioenvermogen bij het bedrijfstakpensioenfonds. Hoewel de reglementaire aanspraken van de deelnemers daar niet direct onder lijden, zal een lagere dekkingsgraad tot mindervindexatie (perspectief) leiden. In die zin is een zelfstandig vorderingsrecht voor het Bpf wel zo praktisch. Of het dogmatisch een juiste wetsuitleg is, betwijfel ik.

## **Een redelijke wetsuitleg**

Het GOM-arrest brengt marginale werknemersbescherming via het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Maar is het eigenlijk geen pensioenfondsbescherming omdat het Bpf heeft nagelaten de premieachterstand bij VBG tijdig aan te pakken en zijn wettelijke bevoegdheden te benutten voordat VBG failliet ging? Of is het een rechtvaardige uitkomst omdat GOM anders voordeel behaalt, door enerzijds de premiebetaling te ontlopen en anderzijds (een deel van) de achterstallige premies in mindering te brengen op de koopprijs? Dat verklaart ook de vordering van Bpf Schoonmaak tot ongerechtvaardigde verrijking. Waren hof en kantonrechter tot eenzelfde oordeel gekomen wanneer VBG niet failliet was gegaan en GOM de premieachterstand niet in mindering had gebracht? Hoe dan ook valt er dogmatisch het nodige te verduidelijken aan de motivering waarom het Bpf een zelfstandig vorderingsrecht heeft op grond van de Wet Overgang van onderneming. Een extensieve uitleg die de werknemersbescherming tot stand brengt via een derde partij – het pensioenfonds – verdient toelichting. Betwijfeld kan worden of zo'n uitleg op zijn plaats is als werknemers dat recht ook zelf kunnen uitoefenen.<sup>[17]</sup> Een expliciete wettelijke grondslag ontbreekt. Andere situaties waarin aan derden rechten zijn toegekend, zoals de inlenersaansprakelijkheid ex art. 7:658, lid 4 BW of schadevergoeding voor vakbonden in art. 15 Wet CAO, kennen wel een wettelijke grondslag. In ieder geval had in deze kwestie bij de uitleg een belangenafweging van de verschillende partijen, ook die van de werkgever, niet misstaan.<sup>[18]</sup> Veel ruimte voor richtlijnconforme interpretatie is er niet, omdat de arbeidsvoorwaarde pensioen nu juist is uitgezonderd in de Europese richtlijn.

# Is GOM verplicht tot betaling van de achterstallige premies?

Er kan nog een andere rechtsgrond zijn op grond waarvan GOM de achterstallige premies moet betalen aan het bedrijfstakpensioenfonds. GOM nam zowel voor als na de overname verplicht deel aan Bpf Schoonmaak. Op grond van art. 4 Wet Bpf moest het de statuten en reglementen van het Bpf naleven. Bpf Schoonmaak zou kunnen betogen dat GOM na de overname op grond van art. 4 de plaats van VBG heeft overgenomen en om die reden premieplichtig is geworden jegens het Bpf. Het zelfstandig vorderingsrecht is dan niet gebaseerd op de Wet Overgang van onderneming, maar op de Wet Bpf.<sup>[19]</sup> Andere pensioenuitvoerders kunnen zich daar niet op baseren.

GOM zal betogen dat ze deze wettelijke verplichting heeft nageleefd voor het GOM-personeel dat toentertijd verplicht deelnam en dat ze niet 'met terugwerkende kracht' premieplichtig is toen VBG nog de werkgever was. Heeft art. 4 Wet Bpf temporele werking en biedt dat GOM rechtszekerheid, of is er ruimte voor een dynamische interpretatie van het werkgeversbegrip? In het laatste geval treedt GOM in de plaats van VBG als premieplichtige werkgever vóór de overname. Bij een meer statische interpretatie is GOM slechts premieplichtig voor het VBG-personeel na de overnamedatum. Ik ben geneigd om redenen van rechtszekerheid de wet op dit punt restrictief uit te leggen en daar geen 'terugwerkende kracht' in te lezen. Uit het arrest kan ik niet goed opmaken of de rechtsgrond voor het zelfstandige vorderingsrecht is gebaseerd op art. 4 Wet Bpf. Het hof sluit slechts uitdrukkelijk aan bij de Wet Overgang van onderneming als rechtsgrond.

## Conclusie

Kopers zijn bij een overgang van onderneming aansprakelijk voor achterstallige pensioenpremies van de verkoper. Op grond van het GOM-arrest kunnen niet alleen werknemers, maar ook verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds achterstallige pensioenpremies van de verkoper van vóór de overname opeisen bij de koper. Achterstallige pensioenpremies blijven een belangrijk aandachtspunt bij pensioen due diligence. Premieachterstanden kunnen leiden tot heroverweging van de koopprijs of aanpassing van de koopovereenkomst. Wie geen inzage heeft in (de hoogte van) achterstallige pensioenpremies of een bedrijf overneemt dat later faillieert, kan zomaar € 2 miljoen kwijt zijn. Dat is de les van het GOM-arrest. Tenzij er nog cassatie volgt.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. M. Heemsker is bij zonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. advocaten te Nieuwegein

[2]

Hof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2015, *JAR* 2015, 273, *PJ* 2015, 157. Voor eerste aanleg zie Ktr. Midden-Nederland 12 juni 2013, *JAR* 2013/193; *PJ* 2013, 143.

[3]

Art. 7:662 BW.

[4]

Richtlijn 2003/21/EG, art. 7:663 BW.

[5]

Art. 4, lid 3, onder a Richtlijn 2001/23.

[6]

M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2015, hoofdstuk 10.

[7]

Art. 7:664 BW; Kamerstukken II 2000-2001, 27 469, 3, p. 12; 5, p. 8-9.

[8]

[Kamerstukken II 2005-2006, 30 413](#), 3, p. 19, 27.

[9]

Hof Den Bosch 15 april 2008, *RAR* 2008, 115 zou zo kunnen worden geïnterpreteerd, aldus J. de Bruin, *TPV* 2014.

[10]

Art. 7:631 BW biedt daar de wettelijke grondslag voor.

[11]

Vergelijk Hof Den Bosch 13 juli 2013, *JAR* 2013, 232 (SDE).

[12]

[Kamerstukken II 2000-2001, 27 469](#), 3, p. 11.

[13]

[Kamerstukken I 2001-2002, 27 469](#), 163, p. 5.

[14]

M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2015, p. 288-289, J. de Bruin, Van oude premieachterstanden, de vorderingen die overgaan, *TPV* 2014, 24.

[15]

Na einde deelname kan dit ook gelden voor gewezen deelnemers of pensioengerechtigden.

[16]

HR 3 februari 2012, *JAR* 2012, 70 (Bpf Bouw).

[17]

Vergelijk de noot van T. Huijg bij *PJ* 2015/157.

[18]

HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, *JAR* 2013/216 (Parkwood).

[19]

Standpunt annotator E. Schop in ktr. Midden-Nederland 12 juni 2013, *PJ* 2013, 143.